



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 19647.008376/2004-27
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.729 – 1ª Turma
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PINUK COMÉRCIO LTDA. ME

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000

SIMPLES. LEI COMPLEMENTAR 123/06. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.

A Lei Complementar n° 123/2006 não tem efeitos retroativos, nos termos da Súmula CARF n° 81. Recurso especial parcialmente provido, reconhecendo a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento parcial quanto à retroatividade da Lei Complementar n° 123/2006, com retorno dos autos ao colegiado de origem.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo -Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Gerson Macedo Guerra, Demetrius Nichele Macei e Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de processo originado por exclusão do Simples Federal, por meio de Ato Declaratório Executivo DRF / REC nº 521.162, de 02 de agosto de 2004 (fls. 26), no qual se identifica como causas de exclusão:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo (...)

- Descrição: sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassou o limite legal. CPF 277.316.774-00 CNPJ 02.344.375/0001-02 69.911.022/0001-00 10.922.375/0001-62 35.601.061/0001-99 03.885.338/0001-66 01.500.851/0001-66

- Data da ocorrência: 31/12/2000

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, IX; art.12: art.14, I; art.15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art.73. Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003: art.20, IX; art.21; art.23, I; art. 24, II. c/c parágrafo único.

O contribuinte apresentou pedido de revisão da exclusão do Simples, requerimento foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Recife:

No ano calendário de 2000, além de ser sócio da empresa requerente (fls. 10), o titular do CPF Nº 277.316.774-00 também era sócio das empresas identificadas as fls. 11 a 16, com participação superior a 10% e a receita bruta global superou o limite legal para permanência no Simples (fls. 17 a 20). Desta forma, a requerente incorreu na vedação descrita pelo artigo 9º, inciso IX, da Lei Nº 9. 317/96.

A data do efeito da exclusão está de acordo com o artigo 24, inciso II, § único, da IN SRF nº 355/2003, em vigor na época. Diante do exposto, em vista a consistência do Ato Declaratório, proponho o indeferimento do requerimento do interessado (...)

Diante da apresentação de Manifestação de Inconformidade, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife manteve a exclusão do Simples (fls. 67):

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000

EXCLUSÃO SIMPLES. PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO EM OUTRA EMPRESA.

Dá-se ensejo à situação excludente do sistema simplificado quando o sócio de empresa optante pelo SIMPLES participa com mais de 10% no capital da outra empresa e ocorre de o faturamento global superar, em todo o Ano-calendário, o limite máximo legalmente estabelecido para optar.

Solicitação Indeferida

Contra tal decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 73), alegando, em síntese:

(i) “se o contribuinte alega na fase preliminar que alterou seus estatutos sociais arquivando-os na Junta Comercial como sendo a expressão da verdade dos fatos cometidos e comeditos, se ao Órgão fiscalizador ou Julgador achar dúvida, é de acionar o seu Sistema de Informação do qual é detentor para confirmar ou não a verdade destes fatos”.

(ii) a alteração do contrato social tem validade desde o momento em que assinada, não do arquivamento perante a Junta Comercial;

(iii) A Receita Federal teria, tacitamente, admitido a continuidade da empresa no Simples, na medida em que recepcionou as declarações apresentadas após o Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Nesse contexto, a Turma *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir (fls. 83):

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000

Simples. Impedimento.

Excesso de Receita de Pessoa Jurídica da Qual Participe Sócio Detentor de Percentual Superior a 10% do Capital.

Efeitos.

Na vigência da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, a exclusão motivada pelo excesso de receita de pessoa jurídica de que participe sócio com mais de 10% do capital gera efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se caracteriza o excesso. Por força do parágrafo único do inciso II do artigo 24 da IN SRF 355/2003, quando a excludente ocorrer até 31/12/2001 e a exclusão for efetuada a partir do ano de 2002, os efeitos do ato contam-se a partir de 01/01/2002.

Alteração do Quadro Societário. Formalidade Essencial.

A alteração do quadro societário somente produz efeitos com relação a terceiros se cumprida formalidade essencial, no caso, o arquivamento perante o órgão de registro dos atos societários e exclusivamente a partir desta data.

Recurso Voluntário Provido.

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 27/09/2011 (fls. 92), que interpôs recurso especial em 09/11/2011 (fls. 93/100), com fundamento no artigo 7º, I, da Portaria MF nº 147/2007, **sustentando contrariedade à lei pela impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, como também a violação à Lei nº 9.317/1996.**

O recurso especial foi admitido, conforme razões a seguir reproduzidas pelo então Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção (fls. 102/103):

A recorrente identifica a contrariedade em face do art. 101 do CTN e do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Em seu entendimento, o acórdão recorrido aplicou equivocadamente o art. 106, II do CTN, afastando dispositivo da Lei nº 9.317/96 que não tem caráter punitivo.

Observo no acórdão recorrido a prevalência de entendimento em sentido contrário, nos termos do voto condutor do Conselheiro André Luiz Bonat Cordeiro que expressamente afirmou: há que se reconhecer a aplicação retroativa benéfica do disposto no art. 3º, §4º, IV da LC nº 123/06 para desconsiderar, no presente caso, do cálculo da receita bruta global a auferida pelas outras empresas inscritas no Simples diversas da recorrente.

Constato, assim, que o recurso é tempestivo, a decisão foi não-unânime, a sessão de julgamento é anterior a 30/06/2009 e a recorrente identifica a contrariedade. Portanto, satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade DOU SEGUIMENTO ao recurso especial.

O contribuinte foi intimado em 02/07/2012 (fls. 105), apresentando contrarrazões ao recurso especial em 12/07/2012 (fls. 107), requerendo seja-lhe negado provimento. Alega o contribuinte que:

- (i) O Sr. Fábio Lispector teria se retirado da sociedade por alteração contratual de 02/07/2004;
- (ii) A Lei Complementar nº 123/06 não previa exclusão de Simples similar à do artigo 9º, X, da Lei nº 9.317/1996
- (iii) A Resolução CGSN nº 04/2007 atestaria a regularidade de opção no Simples no caso dos autos;
- (iv) O Pede seja aplicado o artigo 106, do CTN, para a retroatividade da norma benéfica da Lei Complementar nº 123;
- (v) A lei nº 9.317/1996, em seu artigo 15, VI, autorizaria a permanência no Simples de pessoa jurídica quando “*sanado o ato ou fato por ela especificados*”.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Adoto as razões do Presidente de Câmara para conhecimento do recurso especial, na forma autorizada pelo artigo 59, §1º, da Lei nº 9.784/1999.

Passo a enfrentar o mérito.

A Turma *a quo* julgou recurso voluntário, decidindo por provê-lo com a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006. As razões do voto condutor são a seguir reproduzidas:

No caso em tela, restou evidenciado que o sócio Fabio Lispector, além de na empresa Recorrente, também participava de outras pessoas jurídicas, sendo que seus faturamentos somados, no ano-calendário de 2000, extrapolaram o limite previsto no artigo 2º da Lei 9.317/96.

Entretanto, cumpre observar que após a citada decisão da instância a quo, entrou em vigor em 1º de julho de 2007, a Lei Complementar nº 123/06 assim dispendo sobre a matéria em foco: (...)

Nota-se que a Lei Complementar nº 123/06 inovou- em relação à redação do art. 9º, XI da Lei nº 9.317/96 – ao estabelecer que a outra empresa a ser considerar para verificação do impedimento em epígrafe não seja beneficiada por esta Lei. (...)

Dessa forma, há que se reconhecer a aplicação retroativa benéfica do disposto no art. 3º, §4º, IV da LC 123/06 para desconsiderar, no presente caso, do cálculo da receita bruta global a auferida pelas outras empresas inscritas no Simples diversas da recorrente.

E, nessa linha, consta dos autos que todas as empresas em que o sócio figurou eram optante pelo SIMPLES, não havendo que se falar em seu somatório para fins de verificação do limite anual do faturamento.

A exclusão do Simples Federal foi motivada pela infração ao artigo 9º, XI, da Lei nº 9.317/1996, que previa:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º ;

Assim, bastava que o sócio do optante pelo Simples Federal fosse também sócio de outra pessoa jurídica, com receita bruta global ultrapassando o limite previsto em lei, para que fosse efetuada a exclusão do Simples.

A Lei Complementar nº 123/2006 efetivamente ampliou a possibilidade de empresas aderirem ao Simples Nacional, na forma mencionada pelo acórdão recorrido, como se observa do seu artigo 3º, §4º, IV:

Art. 3º (...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

Não obstante isso, equivocada a decisão recorrida por vislumbrar a possibilidade de retroatividade dos efeitos da Lei Complementar n. 123, afinal, não há fundamento legal para retroatividade da legislação que trata do regime simplificado (Simples Nacional) - estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 -, para assegurar a opção quanto ao Simples Federal - que tem regramento próprio, em especial a Lei nº 9.317/1996.

O artigo 106, I, do Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a retroatividade, limita-se à hipótese de norma interpretativa, que exclua a aplicação de penalidade, hipótese distinta do caso dos autos. É o teor do artigo 106:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nesse sentido, destaco o Enunciado da Súmula do CARF impedindo a retroatividade em casos de atividade anteriormente vedada, *verbis*:

Súmula CARF nº 81: É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Dentre os acórdãos que originaram a Súmula 81, alguns tratam exatamente da irretroatividade da Lei Complementar, quais sejam: **9101-000.809**, **9101-00980** e **3803-00.045**.

Ademais, dentre os acórdãos que originaram a Súmula CARF 81, o de nº **303-35326**, que trata exatamente da irretroatividade da alteração do limite de receita bruta, por norma posterior, para legitimar a permanência no Simples Fderal. Extraí-se do acórdão nº 303-35326:

O ADE foi expedido com base na Declaração Anual Simplificada (fls.44), cuja receita bruta teria ultrapassado o permissivo legal, qual seja, à época dos fatos, R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Cumpre assinalar que a redação do texto legal supramencionado poderia ser aquela dada pela Lei nº 9.732/98, tendo em vista sua vigência à época dos fatos, o que nos levaria à conclusão de que a receita global não poderia ultrapassar R\$ 1.200.000,00.

Ocorre que, referido limite foi modificado, tendo em vista alterações na Lei nº 9.317/96, advindas da Lei nº 11.196/2005.
(trecho do **voto vencido**)

Efetivamente, a alteração da legislação que trata das vedações à opção ao Simples, em verdade, institui um novo regime que, ainda que mais benéfico, somente produz efeitos a partir da sua vigência.

Nesse aspecto, peço licença para transcrever trecho do voto condutor do acórdão que inaugurou tal exegese, hoje pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que ilustra os fundamentos que reforçaram a necessidade de rever o posicionamento antes defendido. (trecho do **voto vencedor**)

Ressalto que equivocou-se o voto condutor no acórdão recorrido, ainda, por aplicar a Resolução CGSN nº 4 ao caso dos autos, eis que as disposições ali mencionados relacionam-se à adesão e permanência no Simples Nacional. Portanto, não poderiam modificar o entendimento firmado pela interpretação legal, como tampouco pela atualmente vigente Súmula CARF acima citada.

Diante disso, voto pelo **provimento parcial** ao recurso especial, reconhecendo a irretroatividade da Lei Complementar nº 123, na forma estabelecida pela Súmula CARF 81. Esclareço que o provimento é parcial pois a Procuradoria pede que seja “mantida a decisão de primeira instância”. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento havia mantido a exclusão da empresa do Simples (a conclusão do voto condutor é nesse sentido: “Assim, diante do exposto anteriormente, voto no sentido de **INDEFERIR a SOLICITAÇÃO da empresa Pinuk Comércio Ltda, mantendo a exclusão da empresa do SIMPLES**” - fls. 70)

Ocorre que nem todos os argumentos do contribuinte, veiculados em recurso voluntário, foram apreciados pelo Colegiado *a quo*. Com efeito, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 73), alegando, em síntese:

(i) “*se o contribuinte alega na fase preliminar que alterou seus estatutos sociais arquivando-os na Junta Comercial como sendo a expressão da verdade dos fatos cometidos e comeditos, se ao Órgão fiscalizador ou Julgador achar dúvida, é de acionar o seu Sistema de Informação do qual é detentor para confirmar ou não a verdade destes fatos*”.

(ii) a alteração do contrato social tem validade desde o momento em que assinada, não do arquivamento perante a Junta Comercial;

(iii) A Receita Federal teria, tacitamente, admitido a continuidade da empresa no Simples, na medida em que recepcionou as declarações apresentadas após o Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Consta da ementa do acórdão recorrido trecho mencionando os efeitos de alteração do contrato social:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2000

Simples. Impedimento.

Excesso de Receita de Pessoa Jurídica da Qual Participe Sócio Detentor de Percentual Superior a 10% do Capital.

Efeitos.

Na vigência da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, a exclusão motivada pelo excesso de receita de pessoa jurídica de que participe sócio com mais de 10% do capital gera efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se caracteriza o excesso. Por força do parágrafo único do inciso II do artigo 24 da IN SRF 355/2003, quando a excludente ocorrer até 31/12/2001 e a exclusão for efetuada a partir do ano de 2002, os efeitos do ato contam-se a partir de 01/01/2002.

Alteração do Quadro Societário. Formalidade Essencial.

A alteração do quadro societário somente produz efeitos com relação a terceiros se cumprida formalidade essencial, no caso, o arquivamento perante o órgão de registro dos atos societários e exclusivamente a partir desta data.

Recurso Voluntário Provido.

A despeito disso, não consta do voto condutor a explícita análise das alegações de recurso voluntário, razão pela qual entendo pela necessária baixa dos autos para julgamento deste recurso, superando-se a retroatividade reconhecida no primeiro julgamento da Turma *a quo*.

Por tais razões, voto por **dar parcial provimento ao recurso especial** quanto à retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006, determinando a baixa dos autos à Turma *a quo* para julgamento dos demais temas de recurso voluntário. E proponho a **baixa dos autos para complemento ao julgamento pela Turma a quo** e, assim, **voto pelo provimento parcial ao recurso especial**.

Processo nº 19647.008376/2004-27
Acórdão n.º **9101-003.729**

CSRF-T1
Fl. 127

Conclusões

Por tais razões, voto por **conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial** da Procuradoria quanto à retroatividade da Lei Complementar nº 123/06. Voto, ainda, pela baixa dos autos para pronunciamento da Turma quanto às razões do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa